

Quelques questions de l'inexistence et l'invalidité des actes juridiques dans le droit romain**

I. Sur la notion de l'acte juridique et du contrat

Pour éclaircir les prémisses, il est important de traiter sommairement de quelques problèmes de la notion de l'acte juridique et du contrat du point de vue de droit romain.¹

Il est bien connu que les juristes romains n'élaborassent pas la catégorie abstraite de l'acte juridique² (et une théorie générale des contrats non plus).³ Toutefois, la notion dogmatique moderne de l'acte juridique ne peut pas être retrouvée dans les sources du droit romain ; le mot « *negotium* » (qui dérive étymologiquement du mot « *otium* », voir p. e. Horace : « *Beatus ille qui procul negotiis* » [Epod. 2]) — qui se présente dans les sources du droit romain⁴ — ne désigne pas la notion de l'acte juridique au sens moderne. Dans le droit romain classique, les expressions « *agere* », « *gerere* » et « *contrahere* » montrent l'essentiel de l'acte juridique (à ces mots, voir la définition dans Ulp. D. 50, 16, 19⁵ qui fait encore l'objet des débats dans la littérature romaniste⁶).

* IVÁN SIKLÓSI, PhD, Université Eötvös Loránd [Budapest], Faculté de Droit, Département de Droit Romain et d'Histoire Comparative de Droit

** La présente étude a été supportée par la Bourse de Recherche de János Bolyai de l'Académie Hongroise des Sciences.

¹ Selon le comparatiste réputé, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE la catégorie abstraite de l'acte juridique n'existe pas en soi-même, il n'existe que des actes juridiques (cf. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II. *Das Rechtsgeschäft*, Berlin—Heidelberg—New York 1992⁴, 23). On peut constater le même en matière des contrats : le contrat n'existe pas en soi-même, il n'existe que des contrats.

² Bien que l'auteur de cette étude applique la notion de l'acte juridique élaborée par la jurisprudence allemande dans le 19^e siècle (voir la définition célèbre de BERNHARD WINDSCHEID [« *Rechtsgeschäft ist eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung.* » ; B. WINDSCHEID — TH. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Leipzig 1906⁹, 310]), il est important d'accentuer que les racines de la catégorie de l'acte juridique furent déjà présentées aux ouvrages de JOHANNES ALTHUSIUS (*Dicaeologiae libri tres totum et universum ius, quo utimur, methodice complectentes*, 1617), DANIEL NETTELBLADT (*Systema elementare iurisprudentiae positivae Germanorum communis*, 1749) et CHRISTIAN FERDINAND HARPPRECHT (*De eo, quod iustum est, circa conversionem actuum negotiorumque iam iam peractorum*, 1747).

³ Voir p. e. E. ALBERTARIO, *Il diritto romano*, Milano—Messina 1940, 115 ; G. DULCKEIT, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht*, in : Festschrift Fritz Schulz, Weimar 1951, 148 ; U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *El negocio jurídico en derecho romano*, Madrid 1954, 3 ; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 7 ; A. STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht*, Berlin 2006, 13.

⁴ Voir p. e. Gai. 3, 140 : « *Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere* » ; Gai. D. 18, 1, 35 : « *Illud constat imperfectum esse negotium...* » ; Iul. D. 18, 2, 10 : « *non potest videri bona fide negotium agi* » ; Paul. D. 50, 17, 5 : « *furiosus nullum negotium contrahere potest* ».

⁵ « *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur' : et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione : contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem : gestum rem significare sine verbis factam.* »

⁶ Voir sur le texte p. e. P. DE FRANCISCI, 'Synallagma.' *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, 331 ; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983, 6 ; F. GALLO, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto, Torino 1992, 83 ; G. HAMZA, *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszer* [= Droit comparé et les systèmes juridiques antiques], Budapest 1998, 197 ; A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in : A. Burdese (cur.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, 111 ; E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino 2006, 160 ; C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del 'synallagma' di Aristone*, in : L. Garofalo (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova 2007, 85.

On doit accentuer l'importance du formalisme dans le droit romain archaïque des contrats ; mais l'importance de la volonté des parties contractantes est accentuée p. e. par Salvatore Riccobono qui constate que la volonté est « l'elemento centrale di tutto lo sviluppo della dommatica giuridica ». ⁷ Dans un texte d'Ulpien (D. 2, 14, 1, 3⁸) se trouve la constatation célèbre de Sextus Pedius : « il n'y a aucun contrat, aucune obligation qui ne renferme une convention ». ⁹

En ce qui concerne les sources du droit byzantin, l'on peut citer le principe formulé par Stephanos qui considère la volonté comme la mère des contrats (« *méter gar estin tón synallagmatón he diathesis* »). ¹⁰ Cette constatation peut être aussi considérée comme une expression du principe *pacta sunt servanda*.

II. Sur la question de l'inexistence du contrat

La catégorie de l'inexistence du contrat — qui se présente avant tout dans la littérature juridique italienne (voir p. e. les ouvrages de Santi Di Paola, ¹¹ de Mario Talamanca, ¹² de Fabrizio Di Marzio ¹³ et de Giuseppe Spoto ¹⁴) — n'est pas une catégorie absurde, au contraire, cette catégorie a une raison d'être théorique. À notre avis, il est important de faire une différence entre ces catégories dogmatiques, notamment entre la notion de l'inexistence et l'invalidité des contrats (mais, selon la constatation de Talamanca, « la predicazione dell'esistenza sul piano di fatto del negozio giuridico non ha una specifica rilevanza nel discorso del giurista »). ¹⁵

En ce qui concerne l'existence des contrats, l'on peut poser une question proche à celle de Martin Heidegger : « Warum ist überhaupt Seiendes und nicht vielmehr Nichts ? » ¹⁶ Sur la base de la terminologie de Heidegger l'on peut constater que le contrat inexistant n'existe pas dans le monde juridique des contrats, c'est-à-dire il ne constitue pas de norme pour la sphère contractuelle. Le contrat inexistant n'est pas apte à produire des effets contractuels, tandis que le contrat invalide peut avoir certains effets juridiques. On peut constater sur la base de la théorie de Ludwig Mitteis, ¹⁷ en employant la terminologie allemande, que le contrat inexistant n'a pas un « äußerer Tatbestand » lorsqu'il manque un élément essentiel, le contrat est inexistant.

⁷ S. RICCOBONO, *Lecture Londinesi. 'Diritto romano e diritto moderno'*, Torino 2004, 14. Cf. IDEM, *Il domma della volontà nel diritto* [Prefazione alla nuova edizione dei 'Negozii giuridici' di Vittorio Scialoja], Roma 1933, VII ; IDEM, *La volontà nella prassi giudiziaria guidata dai Pontefici*, in : Festschrift Fritz Schulz, Weimar 1951, 302 ; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, 17.

⁸ « *Ut eleganter dicat Pedius : nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem.* »

⁹ Voir p. e. C. A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in : *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam 1995, 59 ; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, Milano 2005, 518 ; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in : *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Napoli 2007, 15.

¹⁰ Schol. Bas. (Schelt.) 14, 1, 5, 6, cf. Heimbr. II, 71.

¹¹ S. DI PAOLA, *Ricerche esegetiche in tema di inesistenza e nullità*, in : *Studi in onore di G. Zingali*, III, Milano 1965, 641 ; IDEM, *Considerazioni su Gai. 3, 176 (Novazione mediante 'stipulatio post mortem')*, in : *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano 1965, 401 ; IDEM, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, passim.

¹² M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, BIDR 101—102 (1998—99 [pubbl. 2005]), 6.

¹³ F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova 2008, 30.

¹⁴ G. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli 2012, 12.

¹⁵ TALAMANCA, *op. cit.* 6.

¹⁶ M. HEIDEGGER, *Was ist Metaphysik?* Frankfurt am Main 1975, 42.

¹⁷ Sur la base d'un texte de Gaius (3, 176) ; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I. Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, Leipzig 1908, 249.

En examinant des sources de droit romain, l'on peut accentuer que la catégorie moderne de l'inexistence du contrat et la distinction de l'inexistence et de l'invalidité du contrat n'est pas étrangère à la pensée juridique romaine ; même on peut trouver les racines de la catégorie de l'inexistence du contrat dans les textes des juristes romains (voir p. e. Ulp. D. 12, 1, 18 pr. ; Ulp. D. 12, 1, 18, 1 ; Ven. D. 45, 1, 137 pr. ; Iul. D. 41, 1, 36 ; Ulp. D. 2, 14, 1, 3 ; Iav. D. 44, 7, 55 ; Ulp. D. 18, 1, 2, 1 ; Pomp. D. 18, 1, 8 pr. ; Paul. D. 18, 4, 7 ; Gai. 3, 140 ; Gai. 3, 142 ; Pap. D. 24, 1, 52 pr. ; Inst. 3, 24 pr. ; Paul. D. 44, 7, 3, 2). Cependant, la distinction entre l'inexistence et l'invalidité de l'acte juridique, fondée sur les considérations modernes, ne peut être appliquée qu'avec restrictions considérables en analysant la dogmatique du droit romain antique.

III. Sur les questions dogmatiques et terminologiques concernant l'invalidité de l'acte juridique dans le droit romain

1. L'invalidité comme une sanction

Bien qu'un contrat invalide existe dans la sphère contractuelle, cette existence n'est qu'une apparence, c'est-à-dire un corps sans âme parce que la validité — la capacité théorique de produire des effets juridiques — signifie la substance de tous les actes juridiques. L'invalidité de l'acte juridique a toujours un caractère de sanction, toutefois il signifie — contrairement à son inefficacité¹⁸ qui n'a jamais un caractère de sanction — un jugement de valeur de l'ordre juridique. Ce jugement est, en général, final, total et inchangeable (voir Zimmermann¹⁹ : « invalidity is normally a final verdict on the fate of a transaction ») ; l'élimination des causes d'invalidité n'est qu'une possibilité exceptionnelle.

2. La terminologie concernant l'invalidité dans les sources du droit romain

Il est bien connu que les catégories de l'invalidité, de la nullité et de l'annulabilité — comme celle de l'acte juridique lui-même — n'étaient pas élaborées explicitement par les juristes romains. Cette lacune dogmatique et terminologique s'est fait sentir jusqu'à nos jours (Terré—Simler—Lequette)²⁰ parce que la terminologie concernant l'invalidité est très diversifiée, même dans les droits modernes. En ce qui concerne l'inconséquence et imprécision terminologique des sources du droit romain concernant l'invalidité des actes juridiques, environ une centaine des expressions se présentent pour signifier l'inexistence et l'invalidité des actes juridiques dans les sources de droit romain (voir p. e. *nullum esse*, *nullum* [ou *non*] *fieri*, *nullum stare*, *nullius momenti esse*, *non* [ou *nec*] *valere*, *nullam vim* [ou

¹⁸ Selon l'auteur de cette étude, la différenciation claire entre l'invalidité et l'inefficacité de l'acte juridique a une grande importance. La catégorie de l'inefficacité est souvent utilisée inconséquemment (voir p. e. les contours incertains de l'« Unwirksamkeit » dans le droit civil allemand) ; l'auteur de cet essai préfère de formuler de l'inefficacité en sens strict, c'est à dire dans le contexte de l'invalidité (voir p. e. « inefficacia in senso stretto » dans la littérature italienne ou « ineficacia del negocio en sentido estricto » dans la littérature espagnole). En acceptant la vue de M. Professeur ANDRÁS FÖLDI dans la littérature hongroise, l'auteur de cette étude prend position pour la nécessité de l'interprétation plus restreinte de l'efficacité sur la base de la terminologie utilisée conséquemment dans le droit des contrats hongrois et à cause de la différenciation claire entre l'invalidité et l'inefficacité comme les catégories relatives à un certain état de l'acte juridique. Il est important de souligner que l'invalidité constitue une sanction et un jugement de valeur de l'ordre juridique, mais l'inefficacité n'a jamais de caractère de sanction. Sur cette question voir A. FÖLDI, *Zur Frage der Gültigkeit und der Wirksamkeit im modernen Zivilrecht*, in : Festschrift für Ferenc Benedek zum 75. Geburtstag, Pécs 2001, 73—86; I. SIKLÓSI, *Zu den privatrechtsdogmatischen Fragen des Widerrufs des Testaments*, in : Constans et perpetua voluntas. Pocta Petrovi Blahovi k 75. narodeninám, Trnava 2014, 539—562.

¹⁹ R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford 1996³, 682.

²⁰ F. TERRÉ — PH. SIMLER — Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris 1996⁶, 73.

nullas vires] habere, effectum non habere, inefficax esse, ad effectum perducere non posse, sine effectum esse, pro non facto haberi [ou pro non facta est], pro non scripto haberi, non videri factum, non intellegi, nec facere potest, non esse, non consistere, non subsistere, neque [ou nisi] constat, non contrahi (obligationem), non videtur contrahi, contrahi non potest, nihil agere, inutilis, utile non esse, irritus, imperfectus, ratum non [ou nullo tempore] haberi [ou ratum non est], inanis [ou inane factum], vitiosum esse, vitiari, frustra facere, non posse [ou non potest fieri], non licere, illicitus, non permitti, non [ou nihil] est permissum, prohiberi, impedire [ou impediri], obstare, corrumpere, infirmare [ou infirmari], infirmum, non nocere, non prodesse [non ou nihil proficere], non sequi [ou nec sequenda est], non teneri, non tenere, iuris vinculum non optinet (obtinet), non obligari [ou non est obligatorium, non ou nec nascitur obligatio et nulla obligatio nascitur], non [ou nullo modo] deberi [ou debere], non acquirere, actio non datur [ou actio denegatur, actio non competit, actio peti non posse], compelli non posse [ou cogendum non esse et ne cogatur], ius [ou facultatem, potestatem], non habere (faciendi), recte [ou iure] non fieri [ou facere], ou non iure factum, iustum non haberi [ou iniustum], coiri non posse, evanescere, nihil esse, nihil posse, nihil momenti habere, submoveri, supervacuum, pro infecto haberi, pro non adiecto haberi, invalidus, vanum, impedimentum adferre, perimi, remitti, tolli, rescindere, rumpere).²¹

3. Applicabilité de la distinction de la nullité absolue et de la nullité relative dans le droit romain

Au cours de l'analyse de la problématique de l'invalidité de l'acte juridique dans le droit romain, il est surtout important d'examiner une problématique qui fait l'objet des analyses depuis longtemps, à savoir la question comment déterminer la notion de l'invalidité de *ius civile* et de *ius praetorium* découlant de la structure spécifique du droit romain. Selon notre opinion, la notion moderne de la nullité relative (« *Anfechtbarkeit* » dans la terminologie juridique allemande) peut être appliquée aussi dans le droit romain. Lors de l'analyse de la dualité de l'invalidité de *ius civile* et de *ius praetorium*, il est nécessaire de traiter la problématique et la disparition progressive de la dualité du *ius civile* et du *ius praetorium*, laquelle question est contestée depuis longtemps dans la romanistique juridique.

La nullité absolue ne peut être liée qu'au *ius civile* ; comme le droit prétorien ne peut qu'aider, corriger ou compléter le *ius civile* (voir : Pap. D. 1, 1, 7, 1²²), mais il ne peut le confronter d'une manière ouverte, il ne peut qualifier un acte juridique comme invalide car par cela, il dépasserait sa fonction réfléchie dont il disposa ; la qualification d'un acte juridique comme invalide dans le droit romain était la prérogative exclusive du *ius civile*.

Bien que l'applicabilité de la notion moderne de la nullité relative dans le droit romain soit fortement contestée dans la littérature, la distinction de la nullité absolue et de la nullité relative peut être appliquée dans le droit romain, malgré l'insuffisance de l'élaboration conceptuelle et dogmatique et le chaos terminologique. On peut constater que les cas qui correspondent le plus à la nullité relative au sens moderne du terme ne soient pas les constructions portant sur la quasi nullité relative de droit prétorien incarnée par les instruments juridiques prétoriens assurés à base délictuelle (voir les conséquences juridiques de *dolus malus* et de *vis ac metus*), mais plutôt celles tombant dans le domaine de la nullité relative

²¹ Voir sur la terminologie du droit romain concernant l'invalidité des actes juridiques p. e. O. GRADENWITZ, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin 1887, 1 ; MITTEIS, *op. cit.* 238 ; F. HELLMANN, *Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht*, München 1914, 1 ; O. ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, Roma 1964², 294 ; DI PAOLA, *Contributi* (cit.), 41 ; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971², 246 ; ZIMMERMANN, *The law of obligations* (cit.), 679 ; J.-PH. KLEIN, *Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht*, Tübingen 2010, 14 ; STAFFHORST, *op. cit.* 13.

²² Sur le texte voir p. e. TALAMANCA, *op. cit.* 10 ; A. CASTRO SÁENZ, *Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho : 'bonorum possessio' e 'in bonis habere'*, RIDA 42 (2000), 200.

selon le *ius civile* (voir p. e. les règles concernant la prétention de la part de réserve, les constructions de l'*exceptio non numeratae pecuniae* et de la *querela non numeratae pecuniae* basées sur les *rescripta* du Bas-Empire,²³ les règles du *senatus consultum Velleianum*²⁴ et la construction de la *laesio enormis*).

Bien que les institutions du *ius civile* et du *ius praetorium* étaient progressivement fusionné à partir de l'époque classique et ce processus fut achevé par la codification justinienne, la fusion de ces deux catégories structurelles fut le résultat d'un processus qui dura plusieurs cent ans et la distinction fut présente d'une manière profonde dans la pensée des jurisconsultes romains à telle mesure que certaines traces de la dualité du *ius civile* et du *ius praetorium* furent présentes même chez Justinien. Par conséquent, les traces de la distinction entre l'invalidité de *ius civile* et de *ius praetorium* peuvent être constatées même dans le droit justinien.

4. Élimination des causes de l'invalidité dans le droit romain

En ce qui concerne l'élimination des causes d'invalidité dans le droit romain, l'auteur de cette étude attire l'attention au fait que l'originalité de l'invalidité d'un acte juridique et en rapport avec celle-ci, l'impossibilité théorique de l'invalidité ultérieure sont acceptées par l'opinion majoritaire de la doctrine. Toutefois, en général, les auteurs ne soulignent pas explicitement la circonstance que la validité d'un acte juridique peut être ultérieure, c'est-à-dire elle peut se réaliser p. e. à la suite de la signature d'un contrat. L'auteur de cet essai considère l'invalidité comme une sanction générale se produisant des relations juridiques, tandis que la validité signifie la possibilité de principe de la production des effets juridiques, reconnue par le droit positif.

L'élimination des causes d'invalidité se trouve le plus fréquemment en cas de la disproportion apparente entre le service et la contre-partie stipulés dans un contrat. L'auteur de cette étude, en adhérant au point de vue majoritaire de la doctrine de nos jours, refuse le suspect d'interpolation relatif à la lésion énorme et il l'attribue à Dioclétien. En ce qui concerne le droit romain postclassique, l'on peut constater qu'en raison du fait que d'une part, la lésion énorme doit se produire au moment de la conclusion du contrat (*tempore venditionis*) et d'autre part, la *in integrum restitutio* comme effet juridique et le complètement du prix d'achat par l'acheteur semblent le soutenir, l'auteur de cet essai, sur la base des sources y relatives (C. 4, 44, 2 et C. 4, 44, 8), qualifie invalide le contrat de vente d'un terrain fixant un prix de vente moins que la moitié du *verum pretium*. De plus, l'auteur de cette étude considère la disproportion apparente en tant que cause d'invalidité ; la demande du vendeur à la cour sollicitant la restitution en entier en tant qu'annulabilité du contrat et le complètement du prix d'achat par l'acheteur en tant que remède à l'invalidité (*convalescentia*). Le libellé du fragment C. 4, 44, 8 semble également soutenir cette interprétation. Malgré le fait que les jurisconsultes romains n'aient pas élaboré explicitement les catégories dogmatiques de la nullité et de l'annulabilité, la construction de la *laesio enormis*, selon notre opinion, remplit les critères de l'annulabilité au sens moderne.²⁵

²³ Voir p. e. C. 4, 30, 14 pr. ; cf. p. e. E. LEVY, *Die „querela non numeratae pecuniae“*, SZ 70 (1953), 214 ; W. LITEWSKI, *„Non numerata pecunia“ im klassischen römischen Recht*, SDHI 60 (1994), 405.

²⁴ Voir p. e. Iul. D. 16, 1, 16, 1. Sur les règles du *senatus consultum Velleianum* voir p. e. D. MEDICUS, *Zur Geschichte des „Senatus Consultum Velleianum“*, Köln—Graz 1957 ; H. VOGT, *Miscellanea ad „Senatus Consultum Velleianum“*, TR 35 (1967), 90—124 ; U. MÖNNICH, *Frauenschutz von riskanten Geschäften. Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatsbeschluß*, Köln—Weimar—Wien 1999.

²⁵ Sur la construction dogmatique de la lésion énorme voir p. e. H. KITTELMANN, *„Laesio enormis“*, Aarau 1916 ; R. DEKKERS, *La lésion énorme*, Paris 1937 ; K. HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen „laesio enormis“*, SZ 98 (1981), 161 ; K. VISKY, *Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*, Bp.—Bonn 1983, 24 ; B. SIRKS, *La „laesio enormis“ en droit romain et byzantin*, TR 53 (1985),

En ce qui concerne les constructions dogmatiques de la *conversio* et de la *convalescentia* dans le droit romain, ces institutions juridiques sont les abstractions des divers états de fait appartenant au remède à l'invalidité. La *regula Catoniana*²⁶ remontant à l'époque préclassique a formé la règle principale de l'irrémédiabilité de l'invalidité, sous laquelle, bien qu'il y ait des exceptions, le droit romain n'a pas encore créé une règle générale quant au remède à l'invalidité. L'appréciation de la *conversio* et de la *convalescentia* dans la doctrine est bien contradictoire, car dans le cas de ces deux termes techniques, il s'agit de la projection en arrière des notions modernes au droit romain, même si ayant des racines dans les sources antiques.²⁷ En ce qui concerne la *conversio*, on peut constater que, à l'opposé partiellement de l'opinion de Christoph Krampe²⁸ et en acceptant le point de vue de Vincenzo Giuffrè,²⁹ quoique les jurisconsultes romains n'aient pas connu l'expression, ni la notion abstraite de la *conversio*, n'étant parue et définie pour la première fois que dans le *ius commune*,³⁰ ils utilisaient telles techniques qui fonctionnaient en substance comme la conversion au sens moderne d'un acte juridique invalide à celui valide.

5. L'invalidité partielle dans le droit romain

Selon le romaniste réputé italien, Vittorio Scialoja, la distinction de la nullité totale et partielle est très simple.³¹ Bien que ces catégories-là ne soient pas considérées comme compliquées en elles-mêmes, jusqu'à nos jours le caractère dogmatique, en plus la raison d'être théorique de l'invalidité partielle pose pas mal de problèmes et donne du fil à retordre dans la littérature du droit romain et celle du droit civil.

La reconnaissance de la construction de l'invalidité partielle — on peut rattacher à Ulpien (D. 45, 1, 1, 5) la règle : « *utile non debet per inutile vitiari* », mais dans une telle formulation, avec une pointe théorique et générale on peut le trouver seulement dans le *ius commune* (voir Accursius, gl. *Per hanc inutilem*, ad D. 45, 1, 1, 5 ; *Liber Sextus*, 5, 13, 37) — signifie par l'essentiel la conversion de l'acte juridique. Cette reconnaissance peut être considérée — avec une expression moderne (parce qu'il est bien connu que la catégorie de

291 ; M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen „laesio enormis“ im römischen Recht*, in : *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly*, Köln—Weimar—Wien 2002, 575—589 ; R. CARDILLI, *Alcune osservazioni su leges epiclassiche e interpretatio : a margine di Impm. Diocl. et Maxim. C. 4, 44, 2 e C. 4, 44, 8*, in : Molnár Imre Emlékkönyv [= Mélanges Imre Molnár], Szeged 2004, 115 ; J. D. HARKE, „*Laesio enormis*“ als error in negotio“, SZ 122 (2005), 91 ; B. SIRKS, „*Laesio enormis*“ again, RIDA 54 (2007), 461—469 ; R. WESTBROOK, *The origin of „laesio enormis“*, RIDA 55 (2008), 39 ; TH. FINKENAUER, *Zur Renaissance der „laesio enormis“ beim Kaufvertrag*, in : Festschrift Hans Peter Westermann, Köln 2008, 183—207 ; J. PLATSCHKE, *Bemerkungen zur Datierung der „laesio enormis“*, SZ 128 (2011), 406—409 ; A. PÓKECZ KOVÁCS, „*Laesio enormis*“ and its survival in modern civil codes, in : E. Štenpien (éd.) : *Kúpna zmluva — história a súčasnosť II*, Košice 2014, 219—244.

²⁶ « *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* » (Paul. D. 50, 17, 29). Cf. p. e. J. LAMBERT, *La règle catonienne*, Paris 1925 ; H. HAUSMANINGER, *Celsus und die „regula Catoniana“*, TR 36 (1968), 469 ; J. M. SAINZ-EZQUERRA FOCES, *La „regula catoniana“ y la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos*, Madrid 1976 ; I. BUTI, *„Regula Catoniana“ e convalidazione*, Index 12 (1983—1984), 230 ; W. FLUME, *Die „regula Catoniana“ — ein Exempel römischer Jurisprudenz*, in : Festschrift für Hubert Niederländer, Heidelberg 1991, 17 ; M. WIMMER, *Das Prälegat*, Wien—Köln—Weimar 2004, passim ; F. PERGAMI, *„Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere.“ Studi sull'invalidità e sulla sanatoria degli atti negoziali nel sistema privatistico romano*, Torino 2012.

²⁷ Sur la *conversio* voir p. e. Gai. 2, 197 ; Ulp. D. 24, 11a ; Paul. D. 17, 1, 1, 4 ; Ulp. D. 29, 1, 3 ; Ulp. D. 29, 1, 19 pr. Sur la *convalescentia* voir p. e. Ulp. D. 44, 4, 4, 32 ; Ulp. D. 6, 1, 72 ; Pomp. D. 21, 3, 2 ; Paul. D. 13, 7, 41 ; Mod. D. 20, 1, 22.

²⁸ CHR. KRAMPE, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt am Main 1980.

²⁹ V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante „conversione“ in diritto romano*, Napoli 1965.

³⁰ Voir HARPPRECHT, *op. cit.* : « *traductio vel commutatio unius negotii in alterum* ». Cf. KRAMPE, *op. cit.* 29.

³¹ V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma 1933, 239 : « Una distinzione molto semplice è quella di nullità totale e nullità parziale. »

l'acte juridique [*negotium*] n'était pas élaboré dans les ouvrages des juristes romains) — comme une expression du principe « *favor negotii* ». ³²

Parce qu'il est impossible de donner une explication ayant un caractère consensuel de cet ensemble des problèmes connexes dans le cadre d'un essai court par égard à nombreux textes concernant de l'invalidité partielle en droit romain et à sa bibliographie voici riche (voir, p. e., les ouvrages de Criscuoli,³³ Seiler,³⁴ Zimmermann³⁵ et dans la littérature plus récente Staffhorst³⁶), on ne peut donner ici qu'un coup d'œil jeté sur le domaine de droit romain de l'invalidité partielle, seulement jusqu'à quelques sources.

Il est bien connu que les juristes romains à côté des autres choses n'élaborent ni la définition de l'invalidité ni celle de l'acte juridique, ainsi à l'égard des actes qui ne peuvent pas produire des effets juridiques on ne peut pas parler d'une terminologie conséquente en générale. Par le fond, on peut dire la même chose concernant la nullité partielle aussi. P. e., Zimmermann fait observer explicitement que les juristes romains n'élaborent pas la construction de la « nullité partielle quantitative » (« *quantitative Teilnichtigkeit* » dans la terminologie juridique allemande).³⁷ Sur la base des sources ayant un caractère casuistique du droit romain classique, il est difficile de tirer des conséquences concernant la nullité partielle, mais on peut constater que la nullité partielle fût connue dans le droit romain classique.³⁸ En regardant les textes ayant une grande importance du point de vue dogmatique, on dirait que les juristes romains ont réchigné souvent à constater l'invalidité partielle pour ne pas rompre l'unité de l'acte. On peut expliquer cela avec l'économie des formes de l'acte, le conservatisme, le traditionalisme et la force de types du contrat. Par conséquent, les juristes romains ont appliqué souvent la fiction au lieu de la constatation explicite de la nullité partielle.

En ce qui concerne la raison d'être théorique de l'invalidité partielle, l'on peut accentuer — bien qu'il soit une opinion trop individualiste et utilitariste — l'importance sérieuse de l'intérêt (cf. le principe d'utilité [« *Utilitätsprinzip* »] élaboré dans la littérature romanistique de la responsabilité [Kübler³⁹]) des parties contractantes du point de vue de la constatation de l'invalidité partielle.

Il est naturellement impossible de présenter la problématique complexe de l'inexistence et de l'invalidité des actes juridiques dans une étude. Cet essai, offert à M. Professeur Gábor Hamza à propos de son 65^e anniversaire, a été écrit principalement sur la base de mon livre

³² Cf. J. HOFSTETTER, „*Favor negotii*“, in : Mélanges Pierre Engel, Lausanne 1989, 144 ; STAFFHORST, *op. cit.* 33.

³³ G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico : teoria generale*, Milano 1959, 17—49.

³⁴ H. H. SEILER, „*Utile per inutile non vitiatur*.“ *Zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht*, in : Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, 126—147.

³⁵ R. ZIMMERMANN, *Richterliches Modifikationsrecht oder Totalnichtigkeit?* Berlin 1979.

³⁶ STAFFHORST, *op. cit.*

³⁷ ZIMMERMANN, *Richterliches Modifikationsrecht oder Totalnichtigkeit?* (cit.), 133.

³⁸ Voir p. e. Paul. D. 18, 1, 57 pr. ; Marci. D. 18, 1, 44 ; Gai. 3, 103 ; Paul. D. 13, 6, 17 pr. ; Ulp. D. 24, 1, 5, 5 ; Pomp. D. 24, 1, 31, 3 ; Pap. D. 24, 1, 52 pr. ; Ulp. D. 45, 1, 1, 5 ; Ulp. D. 45, 1, 1, 4 ; Pomp. D. 45, 1, 109.

³⁹ B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in : Festgabe für Otto von Gierke, II, Breslau 1910, 235. Sur le principe d'utilité voir p. e. D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, SZ 73 (1956), 68 ; J.-H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, 325 ; ZIMMERMANN, *The law of obligations* (cit.), 198 ; M. BAUER, „*Periculum emptoris*.“ *Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin 1998, 86 ; M. NAVARRA, „*Utilitas contrahentium*“ e *sinallagma*, in : Garofalo (cur.), *op. cit.* II, 223.

sur l'inexistence, l'invalidité et l'inefficacité des actes juridiques.⁴⁰ L'ouvrage grandiose de Professeur Hamza donnait toujours une inspiration pour les recherches.

Ad multos annos, M. Professeur Hamza !

⁴⁰ I. SIKLÓSI, *A nemlétező, érvénytelen és hatálytalan jogügyletek elméleti és dogmatikai kérdései a római jogban és a modern jogokban* [= Questions théoriques et dogmatiques de l'inexistence, l'invalidité et l'inefficacité des actes juridiques dans le droit romain et dans les systèmes juridiques modernes], Budapest 2014.